

# 解釈としての法と切り札としての権利

——ドゥオーキンの場合——

駒 城 鎮 一

人の生涯は、子供が戯れに将棋の駒を動か  
してるようなもの。王権は子供の手にある。

(ヘラクレイトス<sup>(6)</sup>)

## 目次

### はじめに

1. 権利テーゼ
2. 法の連鎖、連鎖小説とインテグリティ・テーゼ
3. 法におけるインテグリティと普遍的法解釈、すなわち普遍法学
4. 連鎖小説批判、インテグリティ・テーゼ批判
5. 解釈としての法、解釈と「影響の不安」
6. 強い詩人たちと切り札としての人權

### はじめに

ポスト・モダンの法理論は、古典的法理論の基礎づけ主義的諸概念、たとえば自律的な法的主体、合意、自然法、神などに対する批判とともに始まった。法的言語的構造物の基礎づけが震撼せられたかにみえた。法理論の土台となるいかなる理性的基盤もないということになれば、理論における真空（極端な相対主義あるいはニヒリズム）を避けるために、近代の古典的法理論とともに廃絶された基礎づけに代わる基礎づけが必要になる（基礎づけ一般をローティが否定したのは周知のとおりである）。そこで登場したのが、ニーチェ流の力への意思、デリダ流の他者への呼びかけとしての正義の観念、リオタールの言説

の異質性ないし不均一性、フーコーの自我の美学ないし生活の美学である。

法理論の基礎づけは、われわれの社会の構成メンバーの熱望と重なり合う諸価値——それらの支持は偶然的である——によって供給されるだけのことであれば、「法理論は客観的な、永遠の、岩のように堅い基礎づけを要求しない」のは当然である<sup>(1)</sup>。そうであれば、法解釈もまた客観的である必要はなく、事案ごとに複数の法解釈がなり立つことになる。本当にそうだろうか。

## 1. 権利テーゼ

ドゥオーキンの権利概念にはその背景的理念としての平等がある。平等な尊重と配慮を受けることが道徳的正当性の基礎であり、ここから権利問題のすべてが始まる。ドゥオーキンによれば、権利とはさまざまな政治目的に対して一定の規範的対抗力を保持する個別化された政治的目的のことであり、そのもっとも抽象的な表現は、人格の平等な尊重と配慮そのものである。「尊重」とは、「人生如何に生きるべきかについての聡明な構想を自ら形成し、それに従って行動する能力のある存在として人間を認め処遇する」ことであり、「配慮」とは、「受難し、挫折することもありうる存在として人間を認め処遇する」ことである<sup>(2)</sup>。

人には権利（人権）があるという表現に何らかの意味があるとすれば、それは、社会全体の利益に反してでも権利を行使できる場合がある、ということである。社会全体の利益になる場合にもみ権利を行使できるのであれば、権利という観念はほとんど画餅に等しくなる。なぜならば、「政府は、自らの行動が総体的にみて社会に一定の利益を生み出すとの判断のみに基づいて行動しうる、と主張することはできない。これを認めると、権利の主張は無意味なものとなるだろう」<sup>(3)</sup>からである。したがって、「権利は、社会全体としての目標にもとづく政治的決定の正当化を覆す切り札としてもっともよく理解することができる。もし、ある人が道徳的独立性への権利を有しているとする、かりに、その権利を侵害することによって社会全体の福祉が向上すると信じられる場合

でも、政府がそうすることは不正である」<sup>(4)</sup>とドゥオーキンと言う。

このようなドゥオーキンの立場を長谷川晃はコンパクトに次のようにまとめる。「社会構成員全体に対して＜平等な尊重と配慮＞が払われ、構成員各自の生の発展が図られなければならない。これは、平等主義のテーゼと呼ばれる」。「政治社会において一定の平等が要請されるということは、ドゥオーキンにとって、それ以上背後に回り得ない一つの理念的なく事実＞である。ドゥオーキンの言う平等は、この意味で、単なる制度上の原則を越えた根源的価値にほかならない」<sup>(5)</sup>。「この意味で、＜平等な尊重と配慮＞は＜『真の』共同体＞の理念的な特徴を解釈的に明確化したものとして、一定の社会の法 - 政治的実践を規制しうる基本的価値となる」<sup>(6)</sup>。「ドゥオーキンの平等論の核心にあるもの、それは社会構成員各自の人格への＜平等な尊重と配慮＞である」<sup>(7)</sup>。

以上にみた背景的理念のもとに、ドゥオーキンの権利テーゼを簡潔に示せば次のように表明される。「難解な事案においてですら、民事事件の判決は政策ではなく原理によりなされることを特徴とし、また現にそうあるべきことを主張したい」<sup>(8)</sup>。「既存の政治的権利に効力を与えるものとして判決を理解する権利のテーゼ」<sup>(9)</sup>。

権利テーゼの必要根拠は何か。裁判官はしばしば黙示的にせよ明示的にせよ新たな法を創造しなければならず、その場合には正当な立法府の代理人として行動すべきであり、立法府が同じ問題に直面したならば立法したであろうと想定される法を創造すべきであるという周知の判決に関する理論において、二つの論証の仕方、すなわち「原理の論証」と「政策の論証」が十分に区別されていないことがテーゼを要請するのだとドゥオーキンは次のように述べる。

政策の論証は、政治的決定を、これが社会全体のある種の集団的目標を促進し保護することを立証することにより、正当化する。飛行機製造会社への補助金助成措置が、補助金により国防が促進されることを理由に正当化される場合、これは、政策の論証である。これに対し原理の論証は、ある政治的決定が個人や集団の権利を尊重し保証することを示すことにより、

当の決定を正当化しようとする。たとえば、人種差別禁止の法律を正当化するために、少数派にも平等の尊重及び配慮を受ける権利が存在すると主張することは、原理の論証である<sup>(10)</sup>。

ドゥオーキンによれば、「原理の論証とは個人の権利を確立することを意図した論証であり、政策の論証とは集団的目標を確立することを意図した論証」である。すなわち、「原理は権利を叙述する命題であり、政策は目標を叙述する命題」である<sup>(11)</sup>。ちなみに、パースによれば、論証 (Argument) とは一つの確定的な信念を生み出そうと合理的に配慮する思考過程のすべてであり、立証 (Argumentation) とは確定的に定式化された諸前提に基づいて行なわれる論証である<sup>(12)</sup>。それでは、権利と目標にはどのような区別があるか。ドゥオーキンは次のように述べる。

政治的権利というものは個別化された政治的目的である。ある政治的決定により、他のいかなる政治的目的も促進されず、またある種の政治的目的がそれによって妨げられる場合でさえ、個人が権利を享受している状態を当の政治的決定が促進ないし保護しうることを理由に支持され、逆に、他の政治的目的がそれにより促進される場合でも、その決定が上記の状態を遅延ないし阻害することを理由に拒否されるようなとき、個人は一定の機会・手段または自由に対する権利を有すると言えるのである。これに対し、目標とは個別化されていない政治的目的であり、すなわち、ある状態を目的として特定しても、上記のような仕方で特定の個人に特定の機会・手段ないし自由を要求することのないような事態を意味する<sup>(13)</sup>。

ドゥオーキンは、権利は必ずしも絶対的ではない（ある原理が他の原理に譲歩したり、原理と緊急の政策とが競合して原理が譲歩することもある）ことを認めたとうえで、このような競合に耐え得る力として権利の重さを定義する。すなわち、「社会的目標がある権利と競合する場合、当該権利を排除する力がどのような目標にも認められることになれば、これは定義上真の権利とは言えない」のであり、「集団的目標一般に対する一定限度の対抗力をそれがもたない

かぎり、いかなる政治的目的をも権利と呼ばないことにしよう」とドゥオーキン  
は言うのである<sup>(14)</sup>。

権利テーゼの基礎には、ほとんどすべての難解な事案（ハード・ケース）に  
おいても唯一の正しい解答がある、というright answerテーゼがある。これ  
は、訴訟当事者はいかに難解な事案であっても自分の権利が何であるかについ  
て最良の判断を受ける資格があり、裁判官にはそれを発見すべき責務があるとい  
う主張である。これに対して、難解な事案には唯一の正しい解答はなくて複  
数の解答があるのであり、裁判官はそれらから一つを選択しているのだという  
主張がno right answerテーゼである。

ドゥオーキンのright answerテーゼの前提には「全体論的アプローチ(holism)、  
整合性重視アプローチ(coherence or consistency)」が関係していると深田三徳  
は次のように述べる。

全体論的アプローチは、法をたんに実定法的諸ルールとしてだけみるので  
なく、それを包みこむ制度的材料全体にまで視野を広げ、その背後にある  
諸原理をも法として把えようとするものである。したがって個々の実定法  
的ルールが明確な解答を与えていないハード・ケースの場合でも、それら  
個々の実定法的ルールの属する制度的材料全体を注視するように要請して  
いる。したがって全体論的アプローチによって、法はほとんどのハード・  
ケースに解答を与える十分豊かな内容をもっていることになる<sup>(15)</sup>。

この全体論的アプローチがのちに、「純一性[インテグリティ]としての法  
は、法に関するハード・ケースには特定化できる唯一の正しい解答など存在し  
ないという一般的に支持された見解を受け容れず、これを拒否する」<sup>(16)</sup>とい  
うドゥオーキンの「純一性[インテグリティ]としての法」(law as integrity)  
の理論へと発展することになる。すなわち、「裁判官は特別な法的慣例を発見  
し執行する、という観念の中に最善の解釈を見出す慣例主義を拒否し、また、  
裁判官というものを、相互に原理において首尾一貫した仕方で行動しなければ  
ならないという厳格な要求から解放され、最善の未来を各自独立に構築してい

く者として把える別の観方の中に最善の解釈を見い出すプラグマティズムをも拒否」するドゥオーキンは、「第三の観念である純一性〔インテグリティ〕としての法」を主張する。この観念は、「法理学と裁判とを統合する」ものであり、それは、「法の内容を特別な慣例とか独自の改革運動に依らしめるのではなく、それが既に解釈し始めている当の法実務の、より洗練された具体的な解釈に依らしめている」のである<sup>(17)</sup>。

## 2. 法の連鎖、連鎖小説とインテグリティ・テーゼ

「法の連鎖」と「連鎖小説 (chain of novels)」についてドゥオーキンは次のように言う。

裁判官は批評家であると同時に作者でもある。マクローリン事件やブラウン事件を判決した裁判官は、彼が解釈する伝統に何がしかのものを付け加えているのであり、将来の裁判官たちは、彼が行なったことを含む新たな伝統にやがて直面することになる。言うまでもなく文芸批評もまた、作者たちがその中で仕事をしてきた芸術の伝統に貢献し、この貢献の性格や重要性それ自体が批評理論の論点になっている。しかし、裁判官たちの貢献はもっと直接的であり、ここでは作者と解釈者の区別は、同じプロセスの異なった側面としての性格をより強く帯びてくる。それゆえ我々は、連鎖小説とでも呼びうる架空の文芸ジャンルを構成することによって、文学と法とを更にもっと実り多い仕方と比較することができるだろう。

この種の企てにおいては小説家のグループが一つの小説を順次を書いていく。つまり、連鎖を構成する各々の小説家は、新たな一章を書き加えるために、彼に既に与えられているそれ以前の諸章を解釈するのであり、彼が新たに書き上げた章は、その後次の小説家が受け取るものに付け加えられることになる、等々。各々の小説家は、創作中の小説を可能なかぎり最善なものにするために、自分の章を書く任務を課されている。そして、このような仕事の複雑性は、純一性〔インテグリティ〕としての法のもので

ハード・ケイスを判決する際の複雑性のモデルとなっている<sup>(18)</sup>。

ドゥオーキンによれば、法律家とは、「叙事詩を書こうとする連鎖小説家のようなものであり、彼らが想い描くのは、書き上げるのに何世代も要する数多くの巻を通じて発展していく作品である。この意味で、彼らの夢の各々は常に現実の法の中に潜在し、各々の夢には未来において法として実現する可能性が残されている」<sup>(19)</sup>のである。

ドゥオーキンによれば、法は少なくとも三つの異なった意味で存在し、それぞれは相互に問題が入り組んでいる。その一は、社会制度のはっきりとしているが複雑な範型としての法（law）であり、その二は、特殊なタイプの由来をもつ諸規則あるいはその他の諸基準のはっきりとした範型としての法律（laws）ないし法の諸規則（rules of law）であり、その三は、一定の権利、義務、権限、およびその他の人間関係の特殊な淵源としての法（the law）である<sup>(20)</sup>。

いずれの意味であるにせよわれわれは法のなかで生き、法によって生活している。ドゥオーキンは言う。「法の命令や指示を記録したものと想定される法令集が沈黙している場合でも、我々は法の規定が何であるかについて議論する。こうして我々は、はっきりとは聴きとれないほど低い声ではあるが、法が特定の規定を小声でささやいているかのように行動するのである。我々は、法の帝国の臣民であり、法の方法と理念に忠誠を誓った臣下である」<sup>(21)</sup>。そして、「裁判所は法の帝国の首都であり、裁判官はその王侯であるが、その先見者や予言者ではない」<sup>(22)</sup>。

ドゥオーキンによれば、「法的推論は、構成的解釈をこととする営み」であり、「我々の法は、我々の法実務の総体を最善の方法で正当化することの中に存する」のであり、そして、「法とは、これらの実務を可能なかぎり最善なものとするような物語的な叙述の中に存する」のであるが<sup>(23)</sup>、これを、「法の連鎖」と「連鎖小説」というコンテキストのなかでひらたく言い直せば、次のようなことである。

法というものはインテグリティとして、欠けるところが一つもないものであ

るように、将来に向かっていわば完結していくように展開していくものであり、その展開の仕方は連鎖小説の場合と同じである。なぜかと言うと、裁判官は判決という形で法を表現するが、これは法をめぐる一つの作品ないし物語の一部であると言えよう。そこで、この物語の第一章を担当する裁判官は、ある特定の事件において解決すべき課題に向かって最大限の努力が要求される。小説で言えば第一章をそれ自体として最高の出来栄えに上げることが要求される。その後、類似の事件が生じて別の裁判官が第二章を担当することになるが、第二章もまたそれ自体として最高の出来栄えであることが要求される。以下同様である。このようにしてそれぞれの裁判官は法をめぐる物語の連鎖小説家であり、法ということがらの性質上、物語が最高の出来栄えとなるように義務づけられている。

ところでインテグリティであるが、「純一性 [インテグリティ] は、単に整合性 (類似の事例を類似の仕方で判決すること) を気どった言い方で表現したものにすぎないのだろうか」とドゥオーキン<sup>24)</sup>は自問し、次のように自答している。「純一性 [インテグリティ] は整合性より多くのことを意味すると同時に、整合性ほどには強い要求を行わない。純一性 [インテグリティ] は、共同体の公的規準が正義と公正を正しい関係において捉え、両者の単一で整合的な体制を可能なかぎり表現するように形成されるべきこと、そして公的規準を可能なかぎりこのようなものとして理解すべきことを要求する」<sup>(24)</sup>。

しかし、インテグリティは次の意味では整合性よりも狭隘な観念である。すなわち、「純一性 [インテグリティ] は原理に関するものであり、政策に関して何らかの単純な形態の整合性を要請するようなことはない。純一性 [インテグリティ] の立法上の原理は、立法府が万人の道徳的および政治的権利と見なすものを各々の人間に対して保護するように努力すべきこと、そしてこの結果、公的規準が正義と公正の整合的な体制を表現するようになることを要求する」<sup>(25)</sup>。

H.L.A.ハートは『イギリス人の見たアメリカ法理学——悪しき夢と優雅な



夢』という講演で、「優雅な夢つまり実定法の規定がはっきりしない時でさえ、それにもかかわらず既存の法がどこかに存在し、裁判官は事件を処理するためにそれを適用することができるし、適用すべきだという夢は、非常に著名なアメリカの法律家の著作においても、普遍的な自然法をもちだす形をとっていない」ことに注目し、「アメリカの優雅な夢は、一般的に言って、普遍的な何かについてのものではなく、特定の法制度の関心事や現状、それに特定の社会で法によって追求される特定の目標、価値に具体的に関連するなにかについてのもの」であることを指摘している<sup>(26)</sup>。そして、ドゥオーキンをR.パウンドやK.ルウェリンなどの「先人よりさらに広い、専門的な哲学的基礎に立って最高の優雅な夢を見ている人」<sup>(27)</sup>と呼んでいるのは甚だ意味深長である。

### 3. 法におけるインテグリティと普遍的法解釈、すなわち普遍法学

「殆どのハード・ケースにおいて、理性と想像力を用いて捜し出すことのできる『正しい解答』が存在することを、私は主張してきた」が、「ある批判者たちは、この種のハード・ケースにおいても、すべての人々が納得できるような一つの正しい解答の存在を立証することが可能である、という趣旨の主張として、私のテーゼを理解した」。しかし、これは「私の意図したテーゼではない」とドゥオーキンは、「ある解答を正しいものと見なす根拠が我々にあるか否か、という問題は、その解答が正しいことを証明することができるか否か、という問題とは異なることを、私は主張したのである」と言う<sup>(28)</sup>。これに関連してハートが、「アメリカの優雅な夢は、一般的に言って、普遍的な何かについてのものではなく、特定の法制度の関心事や現状、それに特定の社会で法によって追及される特定の目標、価値に具体的に関連するなにかについてのもの」であり、それは、「非常に著名なアメリカの法律家の著作においても、普遍的な自然法をもちだす形をとっていない」と指摘したのはすでに見たが、果たしてドゥオーキンは、普遍的な自然法の代わりに「法におけるインテグリティ」をもちだして普遍的法解釈、すなわち普遍法学を論じようとしているのであ

うか？

「法は解釈的な概念である」とドゥオーキンは端的に言う。すなわち、「裁判官は、何が法かを判断する他の裁判官の実践を解釈することによって、何が法かを判断しなければならない」のであり、「我々にとって、法の一般的諸理論とは我々自身の司法的実践の一般的解釈に他ならない」のである<sup>(29)</sup>。インテグリティとしての法は、「法実務に関する包括的な解釈から生まれたものであると同時に、このような解釈のためのインスピレーションでもある」<sup>(30)</sup>。インテグリティとしての法によれば、「法命題が真とされるのは、共同体の法実務に関して最善な構成的解釈を提供するような正義、公正、手続的デュー・プロセスの原理の中に当の命題が内在するか、あるいはこれらの原理から導出される場合である」<sup>(31)</sup>。あるいは次のようにも言える。「議論の余地のある法命題が真であるのは、議論の余地のない法命題に対してもっとも好ましい正当化を供給する政治理論が、議論の余地のある法命題が記述している権利あるいは義務を規定している場合にかぎられる」<sup>(32)</sup>。

ドゥオーキンによれば<sup>(33)</sup>、インテグリティにはいくつかの次元がある。第一にそれは、裁判所の判決は妥協や戦略や政治的調整の問題ではなく、原理の問題であることを強く要求する。この一見明白なことが現実にはしばしば無視されている。第二にそれは、垂直方向に適用される。もしも或る裁判官が特定の自由を基本的な権利であると主張するならば、彼はその主張が先例の大部分およびわが国の基本制度の主要な構造と整合することを示さなければならない。第三にそれは、水平方向に適用される。或る原理を採用する裁判官は、彼が下したり是認したりする他の判決においてもその原理を完全に支持しなければならない。原理（principle）にこそインテグリティの主眼はあり、画一性ないし統一性（uniformity）にあるのではない。われわれは詳細な規定からなるその場かぎりのリストによってではなく理想によって統治されるのであり、それゆえ論争はわれわれの物語の中心に置かれているのである。

ところで、インテグリティ integrity（「道徳的・人格的に信頼できる」正直、

清廉，高潔，誠実；健全；完全，無欠〔の状態〕）は、ラテン語の integer (complete, whole, entire, intact; in quality, unspoilt, pure, fresh; renewed, begun afresh) に由来しており，また integrate (<部分・要素>を全体にまとめる，統合する；完全にする；<温度・風速・面積など>の総和〔平均値〕を示す；調整する；<人種集団など>に対する差別を撤廃して社会〔組織〕に同等の身分で組み込む，統合する，...における〔人種〕差別を撤廃する；積分する），integral（〔全体の一部分として〕絶対必要な，不可欠〔肝要〕な；〔他と〕一体をなす；一体化した，統合された；完全な；整数の；積分の：n.全体，総体；積分）にも関係しており，その意味するところを日本語で一語で表わすのは難しい。邦訳書では一般に「純一性」あるいは「統合」という言葉があてられているが，上記のニュアンスを十分に伝えていないように思われる。

ドゥオーキン是个々の人が送るさまざまな人生における integrity と憲法解釈における integrity とについて語っているが（『ライフズ・ドミニオン』），前者は，有為転変のあるなしにかかわらずそれなりにそれぞれの生を一つの創造的物語として完結させることであり，後者は，法解釈上の，とりわけ憲法解釈上の political morality に関する抽象的な諸原理をめぐっての裁判官の権限に対する制約である。

私見によれば，ドゥオーキンの言う「法におけるインテグリティ」にはジル・ドゥルーズのライブニッツ解釈と通底するものがある。ドゥルーズは次のように述べている。

バロックの解決とはこういうものだった。原理を増殖させること，いつも一つの原理を袖口から飛び出させ，そして原理の使用法を変えてしまうこと。もはやわれわれは，しかじかの輝かしい原理に，どんな対象を与えることができるか問うたりはしない。むしろしかじかの与えられた対象に，つまり何らかの「当惑させる場合」に，どのような隠された原理が答えるか，と問うのだ。このようなものとしての原理についてわれわれは内省的な使用法を作りだし，場合が与えられているところに原理を発明するのだ。

つまりこれは<法>を、普遍的なく法解釈>にかえてしまうことだ。これは概念と特異性の結婚なのだ。これこそライプニッツの革命であり、ライプニッツはすぐれたマニエリスト的英雄であるプロスペロにきわめて近い<sup>(34)</sup>。

ライプニッツはもともと法律家であって、はやくからあらゆる司法上の決定に関連した膨大な量の情報の取扱いに含まれる諸問題に深い関心を示した。人間の知性には、わけでも人間の記憶力には制約があるので、カード索引や語彙索引や特殊な印刷装置のような機械的な助け、あるいはより論理的に整序された法システムの力を借りてのみこれらの問題は解決可能であるというのが、おおまかに言えばライプニッツの見解であった。ライプニッツは法学と幾何学には或る種の平行関係があり、いずれも単純な構成要素から成り立っていると考える。たとえば前者には証書、能力、譲渡などが、後者には三角形、円などの図形があるというように。これらの構成要素は無限に変様が可能であるが、ライプニッツは幾何学的方法（公理化と形式化）と同レベルで法学の方法も結合法によって普遍化が可能であると考えた。ライプニッツの普遍主義への傾向ははやくからのものであるが、それは彼の哲学体系の完成に従ってついには法学と神学と哲学との必須的統合という命題に収斂する。

ライプニッツにあっては法学と神学と哲学との必須的統合としての普遍法が真に普遍的なものであるためには、神そのものも含めてすべてを包括する普遍的法秩序に組み込まれてあるものでなければならない。「自然法およびその他のすべての真理は天上でも地上でも同じである」<sup>(35)</sup>とライプニッツは言うが、普遍法はその意味で自然法の拡張と深化にはかならない。因みに、ライプニッツ自身の論文やライプニッツ研究論文に現われる *jurisprudentia universalis*, *jurisprudentia naturalis*, およびそれらの英・独・仏訳などにおける訳語の意味は「普遍法ないし普遍法学」と両義的であるが、その通奏低音は「普遍的法解釈」である。

ライプニッツにあっては法は理性的存在者の全共同体の完成を、すべての知

的実体の完成をめざしているが、そのことはライブニッツの積分のアイデアと連動しており、私見によれば、ドゥオーキンの言うインテグリティはそれと同じである。ライブニッツの普遍法は普遍的であるとともに完全であるがゆえに、すべての精神と良心をも統治するが、ドゥオーキンの「法におけるインテグリティ」はそれと類比的であり、法は普遍的な法解釈に「相転移」するのだと言えるであろう。

#### 4. 連鎖小説批判, インテグリティ・テーゼ批判

ドゥオーキンのright answerテーゼの前提には「全体論的アプローチ (holism), 整合性重視アプローチ (coherence or consistency)」が関係しており、このコンテクストがのちに「インテグリティとしての法」の理論へと発展することになるという深田三徳の指摘はすでに見たが<sup>(36)</sup>、インテグリティに基づくドゥオーキンの憲法解釈は「全体論的」で、「トップ・ダウン」式だと批判するのがポズナーである。曰く、それは「あまりにも野心的、あまりにも危険で、あまりにも論争を惹き起こしやすい」と<sup>(37)</sup>。

ポズナーが言うには、道徳に関わる、連邦憲法の重要な抽象的条項を解釈するよう裁判官が求められているときは、彼らは自らの「良心」の命ずるところに従って対応すべきである。そして、こうした条項を、道徳に関わる抽象的文言を引き合いに出して無効にするのは、彼らが本能的に「恐ろしく不正」と感じるものだけにすべきである。裁判官が道徳上の根拠によって法律を違憲と宣言すべきなのは、そうするだけの「やむにやまれぬ実践的な理由」があるときのみである。

これに対してドゥオーキンは言う。「実践的」という言葉は、プラグマティズム哲学でよく使われる、ほかし装置である。それは、道徳的決定の基礎を「理性」ではなく「経験」に置くことができるということを、さらなる議論抜きで何かしら示唆するものである。法のインテグリティは裁判官に対して、自らの判決の基礎を原理に基づいて示すために最善を尽くすよう主張するが、ポ

ズナーはこれを退けて、裁判官に対して判決の根拠を明るみに出さないよう奨励するような、別の規準を支持している。インテグリティはある種の妥協を排除する。その妥協とは、政治が薦め、倦怠感が薦め、さらには怠惰さえもが薦めるかもしれないものであり、ドゥオーキンはそのを、ポズナーの無制約な放縦が請け合ってしまうのではないかと懸念している。

ポズナーの法理論の特徴は、反本質主義、反基礎づけ主義、反合理主義、反形而上学主義、徹底したプラグマティズムに基づく法のとらえ方にあるが、次のように要約されよう。コモン・ローとは曖昧な制定法の解釈を議論に付すことができるように緩く繋ぎ止められた裁判官が作ったもろもろのルール of 膨大なコレクションであるが、この緩い繋ぎ止めのたるみを引き締めるものは正確な探求でもなければ純粋な理性でもなく、すなわち原理ではなくて実践的理性である。そして、ここに言う実践的理性とは「一つの宝捜し袋であって、その中には、逸話、内省、想像力、常識、感情移入、動機の非難、発話者の権威、メタファー、アナロジー、先例、慣習、記憶、『経験』、直観、帰納（規則正しさの期待、直観にもアナロジーにも関係がある気質）が入っている」<sup>(38)</sup>。これが、ドゥオーキンが懸念するところの「ポズナーの無制約な放縦」にほかならない。

ところでポズナーは、ドゥオーキンが主張する連鎖小説論を次のように批判する。

法的テキストは文学的テキストとの類比によって説明が可能であると信じる学者が、どのような文学的ジャンルが法に対する最善の類比を提供するかを明細に述べることは滅多にないが、ドゥオーキンはその例外であり、そのジャンルは連鎖小説であると指定した。一人の著者が第1章を書く。次の著者は、第2章が第1章から展開していくという外観をとるので、二つの章は同一の手になる作品のようにみえる、以下の章も同様、という仕方第2章を書かなければならないので、一定の方向が設定されることになる。このようにして、それぞれの著者はその前の著者よりも自由度が少ない。ドゥオーキンが言うところ

によれば、憲法的テキストを最初に解釈しなければならない裁判官は第2章の著者に似ている。ところが一方では、付加的意味が先行する司法的解釈によって接ぎ木されてきている憲法的テキストを解釈するように要求される裁判官は、その後続く章の一つの著者に似ている。いや、そうではあるまい。まず第一に、ドゥオーキンが定義するような連鎖小説はその後続く章の著者たちに対する制約を何ら置かないのである。それぞれの著者は彼の章の最初の文章において現存する登場人物のすべてを絶滅させ、新規に始めることができるのである。もちろん、これはクリケットのように思われてはならないが、連鎖小説の執筆は、ドゥオーキンが記述するものと比べればより複雑な作業であることを、そのことはまさしく意味している。このように、彼が法的解釈の過程を類比説明する正確性の程度は不明確なのである。

ポズナーは続ける。

ドゥオーキンの類比は、憲法を解釈する裁判官たちを憲法の立案者たちと同じ水準に置いているという点で、さらに不完全である。すなわち、立案者たちはボールをころがしただけなのである。たとえ連鎖小説の最初の章の著者が、わたしの最初の指摘にもかかわらず、若干の可能な結末を排除する場合でも、すべての章は等しく権威があるであろう。しかし、憲法や制定法のような権威的法的テキストを解釈する意思決定は本質的に、テキストとは別の、より低い水準に位置している。テキストだけが典拠のすべてである。解釈的意思決定のすべては、アンタイオス〔ポセイドンとガイアとのあいだに生まれた力持ちの巨人〕のように、強さを与える生命を求めてテキストに戻らなければならない。ドゥオーキンの類比は、憲法を解釈する裁判官たちと憲法の立案者たちとを同等と考えている。

連鎖小説の類比は、コモン・ローの記述としてはさらにミスリーディングであるとポズナーは言う。

第一に、「第1章」はコモン・ローの教説の進化においてはおそらく高度に仮説的であり、序文あるいは導入部によく似たものであろう。第二に、後に続

く章の「著者たち」は、第1章の著者によって設定された方向を支持するように拘束されない。累積した経験が、第1章が誤った方向にむかったことを示せば、裁判官たちはそれを放棄できる。第三に、コモン・ローは司法的意思決定によって創造された法的諸概念の単なるセットであり、いかなる概念であれ精密な分節化は突然変異的であって、精製され再公式化され得るものである。概念は意思決定から（よりしばしばもろもろの意思決定の帰結から）推断されるが、しかし意思決定とは別に存在するものである。コモン・ローの裁判官は、固定した権威的なもろもろのテキストの釈義に従事するのではないが、文芸批評、聖書の釈義、そして制定法および憲法の解釈に従事する裁判官はすべて、固定したテキストを解釈するという困難な任務をもっている<sup>(39)</sup>。

法実務は法的解釈であり、法的解釈は解釈学の一つの実習であるとしなすドゥオーキン<sup>(40)</sup>は、論文「解釈としての法」<sup>(40)</sup>（1982）において、法的解釈はパーソナルなあるいはパルチザン的な政治の事柄ではないことを強調した。そのとき彼の念頭にあったのが或る程度は歴史的に構成された制約を表わすためのメタファーとしての連鎖小説のアイデアであり、それに対するポズナーの批判の概要は上にみたとおりである。ドゥオーキンはその後このメタファーをインテグリティ・テーゼへと発展させたのであるが、インテグリティ・テーゼは、イアン・ワードによっても次のように批判されている。

インテグリティ・テーゼは、精確には、司法的「忠実度」(judicial 'fidelity') というガダマーの構想である。実のところドゥオーキンは、おそらくは徹底的にはないけれどガダマーに負っていることをとりわけ感謝している。ドゥオーキンの『法の帝国』（1986）は判決過程における解釈の中核性を再確認する。インテグリティとしての法は「徹頭徹尾解釈的」である。しかしそれは、「対話的」な解釈とは反対に「構成的」な解釈であり、このようにして、テキストとしてのテキストの客観性を重じる。さらには、法の道徳性を確立するものはこの解釈過程である。なぜなら解釈者は、「原理」の「制約」に従って常に解釈しているからである。『法の帝国』の最終章でドゥオーキンは、彼の理想の



裁判官であるヘラクレスは、なかなしく解釈的忠実度という道徳的「神」によって導かれていることを強調する。インテグリティとしての法は、「特殊な約定ないし独立した改革運動ではなく、法実務が解釈し始めたのと同じ法実務のより精選された具体的な解釈に法の内容を依存させる」のである。しかし、インテグリティ・テーゼそのものは、端的に言って、その当初の治療上の野心にもかかわらず偽薬（placebo）以外のなにものでもなく、連続テーゼの二者択一的「翻案」である。インテグリティとは端的に言って日常の解釈であり、それ以上でもそれ以下でもない<sup>(41)</sup>。

## 5. 解釈としての法、解釈と「影響の不安」

### (1) 解釈としての法

「法は解釈的な概念である」と言われる時の「解釈」をどのように「解釈する」かが問題となるが、そのまえにドゥオーキンの法理学ないし法哲学の基本的立場を集約的に表明していると思われる彼の文章を掲げておこう。「法の態度は構成的である。法は解釈的な精神でもって、過去との約束を正しく守りながら、より善い未来へと至る最善の道程を示すために、我々の実践に原理を課そうと試みる。最後に、法は一つの同胞的な態度である。我々はそれぞれ異なった計画や利害関心や信念を抱いてはいるものの共同体へと統合されていることを、法は表現しているのである」<sup>(42)</sup>。

ドゥオーキンによれば、「解釈というものはすべて、ある対象を、想定された何らかの企ての一例として可能なかぎり最善のものにしようと試みることであり、異なった様々な脈絡において解釈が異なった形態をとるのは、問題となっている企てが異なるに応じて採用される価値や成功の規準も異なってくるからにすぎない」<sup>(43)</sup>。たとえば、芸術の解釈が科学の解釈と異なるのは、芸術作品の成功を判断する規準が物理的現象の説明を判断するための規準とは異なっているからにすぎない。したがって、「解釈は本質的にある目的の報告である、ということ」である。すなわち、「解釈というものは解釈の対象——これが社

会的実践や伝統であれ、文献とか絵画であれ——を眺める一つの方法を提供することであるが、この場合、当の解釈の対象はある一組のテーマやヴィジョンや目的を——他ならぬある特定の『意味』や『趣旨』を——追求しようとする決断の産物であるかのように眺められているのである。どのような解釈であろうと、このような構造をもつ必要がある」のである<sup>(44)</sup>。

「解釈は本質的にある目的の報告である」と言われる時の目的とは、ドゥオーキンによれば、「(基本的な意味においては) 作者が抱く目的ではなく解釈者の目的」なのであり、そのように行なわれる解釈は構成的 (constructive) なものであると彼は次のように言う。「大雑把に言えば構成的解釈とは、ある対象や実践に目的を課し、かくして、これらが属すると想定される実践形態や芸術ジャンルの最善の一例としてこれらを提示することである」。だからといって解釈者の目的に従えばいかなる解釈も可能であるのではない。なぜならば、「実践とか対象の歴史過程や形態といったものが、これらのものに関して有効とされる解釈のあり方を限定するからである」とドゥオーキンは言う<sup>(45)</sup>。そして、「解釈というものは、歴史の束縛との格闘であると同時に歴史の束縛を是認することである、というガダマーの説明は正鵠を射ている」<sup>(46)</sup>とガダマーが援用される。

ドゥオーキンによれば、創造的解釈とは、「特定の小説を書いたり特定の社会的伝統を維持する際に、これらを生み出した創造者が抱く目的ないし意図を解読することを目指している」ものであり、これはちょうど、「会話の中で友達がしゃべるときに彼が抱く意図を我々が把握しようと試みるのと同様」であるが、構成的な見解に立てば、「創造的解釈とは、目的と解釈対象の相互作用の問題となる」と言う<sup>(47)</sup>。

ところで解釈学は、ガダマーによれば、「その本来の規定にしたがえば、われわれが伝統において出会う、他人の語ったことを、解釈の独自の努力を通して、それが直接には了解され得ないいたるところで説明し、媒介する<sup>コンスト</sup>術である。・・・或る見知らぬ言語で語られたことを或る他者に仲介する術としての

解釈学が、人間たちへの神の知らせの通訳者であるヘルメスに因んで名づけられているということは、故無しとしない」<sup>(48)</sup>。ガダマーにとっては、理解者の現在の状況は、特権的位置としてのその地位を失い、影響作用史 (Wirkungsgeschichte) としての生における流動的で相対的な一つの契機になる。この契機はなるほど生産的で開示的ではあるが、しかし、その契機に先立つその他一切のものと同じく、乗り越えられて未来の地平と融合する体のものである。理解するという出来事は、いまやその真正の生産性においてみてとられるのである。それは、テキストと解釈者の有限の地平が主題——双方がかかわっている意味——についての共通の見解へと融合していく一つの包括的な地平の構成である。テキストを理解するとは、テキストのもつ意味の地平と解釈者のもつ意味の地平とが循環的に作用して地平の融合が生じることにほかならない。ガダマーは言う。

本当のところ、現在の地平とは、われわれはすべて絶え間なくわれわれの諸先入観を吟味しなければならないかぎりにおいて、絶え間ない構成であると考えられる。過去、そしてわれわれの由来のもとである伝統の理解、この二つとの対決は、そのような吟味における最終的な要因ではない。この故に、現在の地平は、過去抜きにはまったく形をとることはないのである。到達しなければならないと思われる歴史的諸地平があるからこそ現在それ自体という地平はほとんどないのである。むしろ理解するとは、自存しているそのように異議を申し立てられた諸地平を融合する過程である。・・・伝統が作用することにおいてそのような融合が絶え間なく生起する。というのは、古いものと新しいものは相携えて何度も、生きている価値のなかに前者も後者もあからさまに排除されることなく生成するからである<sup>(49)</sup>。

ガダマーは、いかなる法的状況においても間主観的に決定された意味の可能性が常に存在すると確信したが、これを受け継いだのがドゥオーキンとフィスである。彼らは「解釈的基礎づけ主義者 (interpretive foundationalists)」<sup>(50)</sup>と

呼ばれることがあるが、ここに言われる「解釈的基礎づけ主義」あるいは「解釈としての法」は、果たしていかに可能であるかを次に簡単にみてみたい。

法の一般理論において、解釈が対象にとってかわり、概念は説話的となり、そして観点あるいは言表の主語が主体となり得るならば、そのかぎりにおいて「解釈としての法」は可能であろう。

われわれ人間は偶然に支配されて生き、偶然に支配されて死んでいくのであろうか。それとも、何らかの計画に従って生き、何らかの計画に従って死んでいくのであろうか<sup>(51)</sup>。

オルテガによれば（『危機の本質』1942<sup>(52)</sup>）、生とはまず根本的な不安であり、われわれの生は必然的に根本的な孤独である。この孤独の深底からわれわれはたえず、それに劣らず根本的な共存と社会への憧憬のなかへ浮かびあがる。われわれの周囲世界は苦痛にみちた未解決の謎から成っている。これらの謎は、人間に何らかの解釈を探究することを強いる。言い換えれば、思惟し、思想を作ることを強いる。思想とは、それを使って人間が生きたところの道具である。このような思想の総体がわれわれの生の地平を、われわれの世界をかたちづくる。

オルテガによれば、われわれの生はつねに世界（宇宙）についての何らかの解釈を食って生きているものであり、わたくしは「ひと」が言っていることを食って生き、それによってわたくしの生を満たす。生きるとはつねに、欲すると欲しないとにかかわらず、何らかの確信を持っていること、世界および自己について何かを信じていることを意味する。そして世界とは、人間が環境から課せられた諸問題に対して見出したところの解答の総体を意味する。すなわち、文化とは人間が生に与えるところの解釈にほかならない。

そして、フリアン・マリアスによれば、人間の生はわれわれが為すところのものとわれわれに起こるところのものであり、それは一方ではドラマティックな現実であり、他方ではシステマティックな現実である<sup>(53)</sup>。すなわち、存在

とはこれら実存の解釈なのである。

ガダマーによれば、いかなる法的状況にあっても間主観的に決定された意味の可能性がつねに存在し、法的意味がそれぞれの特殊な事例において具体化するのには解釈のはたらきによるのであった。

ローティにあっては、デモクラシーは必ずしも間主観的に決定された意味の可能性を前提としない。デモクラシーにおける連帯を創造するのは理論ではなくて言語と文学であり、デモクラシーのヒーローは政治家ではなくて詩人である。ローティによれば、人生とはニーチェ的な自己-超克の過程におけるドラマティックな物語である<sup>(54)</sup>。ローティは言う。

リベラルな社会とはそのもろもろの理想が、力よりもむしろ説得によって、革命よりもむしろ改革によって、現在の言語的およびその他のもろもろの実践と新しい実践のための提案との自由かつオープンな遭遇によって、満たされ得るような社会である。ところでこれは、理想的なりベラルな社会は、自由のほかには目的をもたず、そのような遭遇がどのように進展するかをみてとり、その結果を甘受することをみずから進んで行なうことのほかには目標をもたない社会だということである。それは、詩人たちや革命家たちにより楽な思いをさせてやるということ、そうしてやることで彼らがその他の者たちにより辛い思いをさせるのは行為ではなくて言葉によってのみ、ということのほかの目標をもたない。それは、そのヒーローが強い詩人で革命家であるような社会である。というのは、それはあるがままにあることを承認するからであり、道徳性をそれが持ち、言葉をそれが交わすとするれば、それが神の意思ないし人間の本性に近づくからではなくて、過去の若干の詩人たちと革命家たちが彼らが話したように話したからである<sup>(55)</sup>。

ローティにとっては、もちろん、テキストのなかに隠れた真理というものではなく、あるのはもろもろの可能性であり、これらの可能性は著者によって創造される。著者は、読者そしてテキストそれ自体の社会的条件がなすのと同じよ

うに、創造的なもろもろの可能性を制約する。

ローティと並び称されるプラグマティストのフィッシュによれば、解釈とはテキストであり、テキストに対する読者の応答が意味であり、そして唯一の意味である。

フィッシュによれば、われわれは絶対に状況から逃れられない。絶対に状況から逃れられないからには、われわれは解釈行為から逃れられない。解釈行為から逃れられないからには、超解釈の意味、あるいは前解釈の意味のレベルにわれわれが到達する可能性はない。すべての記述は、つねに、そして、すでに解釈である。解釈が事実を制約するのであって、その反対ではない。そして、その事実に付与される意味を制約するのも解釈である。解釈は分析の術ではなく構築の術である。解釈者は解読するのではなく、作るのである。意味というものは、固定し安定したテキストの属性ではなく、また自由で独立した読者の属性でもなく、読者の活動の形およびその活動が産出するテキストの双方に責任をもつ解釈共同体の属性である。「それゆえ、あらゆる対象は発見されるのではなく作られるのであり、われわれが発動させる解釈戦略によって作られる、というのが結論である。しかし、だからといって、私は主観性に与するものではない。対象が作られる手段は社会的、慣習的なものであるからだ」<sup>(56)</sup>。

ひらたく言って、いかなる解釈的合意の源泉も解釈者たちの訓練や経験、能力のなかに見出されなければならないとすれば、人々は似たような考え方をするようになり得る、あるいは似たように考える人々が解釈過程をコントロールし得るかぎりにおいて、テキストのもろもろの解釈の結果として生ずる合意は、テキストのいかなる客観的あるいは確定的な特性を反映しないであろうけれども、一つに収束するであろう。若干の諸前提が確固として維持された結果、それらがもはや前提とはみなされず、真理として議論の余地のないものになる結果、それら諸前提が論理的に導き出さるもろもろの決定は普遍的に容認され公認されるであろう、というわけである。

端的に言えば、解釈共同体における法的諸規範の解釈の記録の解釈が法には

かならない。法理論は思考だけからできあがった純粋な世界にあるのではなくて、諸制度が網の目をなし、政治的な力に満ちた現実世界のなかにある。われわれはテキストと同じようにわれわれの世界を読み解釈し書いており、また逆に世界によって読まれ解釈され書かれているのである。

「司法権」とは、佐藤幸治によれば、「裁判官をはじめとする法曹一般の“解釈共同体”を基盤に、国民のコンセンサスをも配慮しつつ、憲法を頂点とする実定法秩序に内在し調和する『法原理』を見出し、それによって紛争を解決することを期待する」<sup>(57)</sup>ところのものである。そして田中成明によれば、「訴訟当事者や裁判官は、法律家集団や法共同体員一般の正義・衡平感覚を反映したコンセンサスに依拠しつつ、その内容を憲法を頂点とする実定法的規準全体と両立する原理整合性と普遍化可能性をもったものへと具体的に明確化し、そのような価値規準に基づいて個々の法的議論・決定を正当化すべきである」<sup>(58)</sup>とされる。

長谷川晃によれば、「法とは首尾一貫した体系的な形で自存しているものではなく、むしろ様々なケースに対応しつつ種々の価値的考慮が収斂的に働くことによって次第に形を成す規範の可能的な網の目として存在している」<sup>(59)</sup>のであり、次のように述べられる。

規範の網の目においては様々な規範がそれぞれの妥当領域の内で相互に重なり合ったり相互に離反し合ったりしながら存在しているのであるが、それらの規範群は正義の原理を基軸として批判的に精査され統合されることで、法としてのまとまりを獲得する。この意味では法制度は関連する規範のインデックスである。この場合、正義原理と種々の法との関係は一種の重ね合わせ（superimposition）として捉えられる。すなわち、正義の要請は憲法の下地として存在し、正義の要請の領域の大部分にいわば上書きされるようにして憲法上の要請が現われ、さらに同様にして他の立法の基本部分が憲法の上に上書きされ、またそれ以外の領域ではそれぞれの立法独自の要請が別の正義の原理の上に存在し、それに他の立法がさらに上書

きされて、全体として立体的で多面的な規範の層を形成してゆくのである。

それ故、それぞれの次元や局面での法の意味は、たとえ間接的にであれ、最終的には常に正義原理の意味を通じて与えられる<sup>(60)</sup>。

このような規範の網の目は、「基本原理と種々の領域との相関関係においてなされる我々の規範創造によって徐々に構築されてくるものであり、また時間の流れの中で修正、変化させられてゆく。法解釈はこの規範創造の一側面を成している」<sup>(61)</sup>と長谷川晃は次のように結論づける。

このような規範創造としての解釈は、正義原理に上書きされながら層を成してゆく規範の総体としての法の内働く。それ故、規範の網の目における種々の次元や局面での法の解釈は、常に正義原理との相互関係において、それを基にしながら行なわれるのである。こうして分節化されてゆく法のあり方を、私は「解釈的法 (interpretive law)」と呼ぶ。それは、自存的で明示的な規範の体系とは異なった、様々な規範の網の目の内にまとめ上げられる規範群としての法である<sup>(62)</sup>。

## (2) 解釈と「影響の不安」

解釈可能性に対するポスト・モダンの挑戦は、とりわけ文芸批評それ自体の範囲内で抵抗されてきている。文学作品の読解における彼の任務とは著者のもろもろの意向を再構成することであると信じる批評家は、法的テキストの「解釈学者 (interpretivists)」に対して、おそらく「厳格な構成主義者 (strict constructionists)」に対してまで弾薬を供給するかのようになされた。ドゥオーキンが中間的位置を占めてきており、新批評 (New Criticism)<sup>(63)</sup> という回顧的ことばでもってその立場を防衛した。シェリーの『詩の擁護』における言明<sup>(64)</sup>を逆転させてドゥオーキンは、裁判官および(その他の)立法者を世界の非公認の詩人であると認めるのである<sup>(65)</sup>。

解釈学、記号論、文学理論の法理論への導入すなわち新しい解釈学的法理学によれば、「法とはほとんどテキストを解釈することであり、若干の特殊な仕方での文学的実習の一形式である」<sup>(66)</sup>と言われるが、しかし、法理論がこのよ



うに文学理論に助けを求めるとき、たとえば「影響の不安」のようなしつぱ返しに会うことになる。

「影響の不安」とは、精神分析学派の文芸評論家でその保守的な文学理論で知られるハロルド・ブルームの著書『影響の不安』<sup>(67)</sup>に由来している。影響の不安とは、文学上の先行者に対して、「自分はコピーないしレプリカにすぎないことを知る恐れ」<sup>(68)</sup>のことである。ハロルド・ブルームは、『影響の不安』において現代の詩人をミルトンの『失樂園』の悪魔にたとえている。この悪魔が神の完全性を否定して自分の存在理由を主張して戦ったように、現代の詩人たちはシェイクスピアやダンテなどの大作家に対して、自分独自の立場を鮮明にすべくオイディプス・コンプレックスの狭間で戦っているが、しかし、それは結局は無駄なことだと言う。なぜなら、このような偉大な先達の業績に迫ることもそれを凌駕することも共にはかない望みにすぎないからである。それでは何が残されているのか。ハロルド・ブルームによれば、それはswerving（踏み外すこと）とmisprision（誤認）である。

swervingとmisprisionは二つとも反語的なover-esteeming（過大に尊重すること）ないしover-estimation（過大評価）としてのmistaking（思い違いをすること）に依存しており、その例がシェイクスピアのソネット87であるとブルームは言う。misprisionとはシェイクスピアにとってはmistakingとは反対のもので、misunderstandingないしmisreadingだけを含意しておらず、不正な拘禁（imprisonment）を示唆している語呂合わせをすることは遊びでもあることに結果的にはつながっていたのである。おそらくシェイクスピアにおけるmisprisionは冷笑的なunderestimation（過小評価）をもまた意味している。どちらのやり方でも彼は法的用語を取り上げて、それに計画的ないし故意のmisinterpretation（誤解）の霊気（aura）を与えたのである。swervingはソネット87においては二次的にすぎない言い返しであり、一次的にはそれは不幸な自由を暗示している<sup>(69)</sup>。ソネット87は次のとおりである。

さようなら、きみは私が所有するにはあまりにも貴重だ。

きっと、きみも自分の値打を知っているのだろう。

その高貴な価値という特権がきみを解きはなち、自由にする。

きみに対する私の権利は、もう、期限切れだ。

きみの同意もなしに、どうしてきみを引きとめておけよう。

私のどこにこんな富にふさわしいところがあろう。

私にはこういう美しい贈物を受ける理由がない。

だから、私の所有権は、また、きみにもどることになる。

[And so my patent back again is swerving]

きみが自分をあたえた時は自分の価値を知らなかった。

または、あたえた相手の当の私を買いかぶっていた。

だから、きみの大きな贈物は誤認から生まれたのであり、

[So thy great gift, upon misprision growing]

しっかり判断をしておして、手もとに取りもどすわけだ。

つまり、きみを所有したのは楽しい夢を見たようなもの、

眠っているときは王だが、覚めてみればとんでもない話さ。

(高松雄一訳)

「裁判官は批評家であると同時に作者でもある」<sup>(70)</sup>とドゥオーキンが言ったのはすでにみたとおりであるが、ブルームによれば、批評とはその文学上の対象と張り合い、或る文学的テキストを創造的に誤認 (misprision) したものであり、しかもその文学的テキスト自体がまた、他のテキストを創造的に誤認したものにはかならない。ブルームにあっては、「批評と詩は政治的、社会的、経済的あるいは哲学的なプロセスを主目的とするものではなく、また認識学的なイヴェントであることもない」<sup>(71)</sup> のであり、「批評が社会科学でも人間科学でもないのは、詩がそうでないのと同じである」<sup>(72)</sup>。ブルームにおいてはドゥオーキンにおけるインテグリティのようなものではなく、あるのは「これ以上要らないというほど価値を持てしまった伝統に対する困惑」<sup>(73)</sup>と「影響の不安」である。そして誤認 (misprision) とは、先行する偉大な文学作品を新たな創

造へと変容させようとする詩人の苦闘である。

裁判官および（その他の）立法者は世界の非公認の詩人であるというドウオーキンの見解に対して、ブルームのそれは次に見るように、にべもないものである。

詩は現前、統一、形式あるいは意味……を持つてはいないというのが悲しむべき真実である。それでは詩というものは何を所有もしくは創造するのか？ 悲しいかな、詩というものは何も持たず、何も創造しないのである。その現前とは、期待された諸事物の実体の、目に見えない諸事物の証拠の部分である、一つの約束なのである。その統一とは、読者の好意のなかにあるものであり、……意味とは別の詩がある、あるいはむしろあったということそのことなのである<sup>(74)</sup>。

あらゆる詩は親となる詩の誤解（misinterpretation）である。詩というものは不安を克服することではなく、その不安なのである。詩人の誤解すなわち詩は批評家の誤解すなわち批評よりもより徹底的であるが、しかしこれは程度の差にすぎず、種類の差ではない。解釈というものはなく誤解があるだけであり、したがってすべての批評は散文の詩である<sup>(75)</sup>。

## 6. 強い詩人たちと切り札としての人権

先行する偉大な作家の作品が完璧であることを認めた上で、なおもそれ乗り越えようと画策する詩人がブルームの言う強い詩人たち（strong poets）であり、その方法は「創造的誤解（creative misunderstanding）」による「クリナーメン（clinamen; 傾斜）」、つまり一連の「踏み外し（swerves）」、すなわち「改訂的踏み外し（revisionary swerves）」である<sup>(76)</sup>。クリナーメンあるいは踏み外しの古典的範例としてブルームはルクレティウスの『物の本質について』の第二巻216-224行および225-250行を挙げているが、それは次のとおりである。

原子は自身の有する重量により、空間を下方に向って一直線に進むが、そ

の進んでいる時に、全く不定な時に、又不定な位置で、進路を少しそれ、運動に変化を来すと云える位なそれ方をする、ということである。ところで、若し原子がよく斜に進路をそれがちだということがないとしたならば、すべての原子は雨の水滴のように、[一直線に] 深い空間の中を下方へ落下して行くばかりで、原子相互間に衝突は全然起ることなく、何らの打撃も[原子相互間に] 生ずることがないであろう。かくては、自然は決して、何物をも生み出すことはなかったであろう<sup>(77)</sup>。

・・・精神そのものが、あらゆる活動を起さざるを得ない必要性を自身の内に持たないように、又この必要性に圧倒されて、忍従を強いられることのないようにしているのは、原子の、不定な場処に於いて、不定な時に、行われる僅少な傾斜の為である<sup>(78)</sup>。

論文「進化する愛」(1893)においてパースは同趣旨のことを次のように述べている。

さて、思想の偶然的発展 (tychastic development) は、まったく無目的で外的環境によっても論理の力によってもまったく拘束されないで、無差別にさまざまな方向に向けて習慣的観念からわずかに逸脱することにある。この新しい逸脱から予期せぬ結果が生じ、それらの結果は、さまざまな逸脱のなかである特定のものを習慣として固定化する傾向をもっている。思想の必然的發展 (anancastic development) は、生活環境の変化のような精神に対する外的原因か、あるいは一般化のように、すでに容認された観念の論理的展開のような精神に対する内的原因か、のいずれかによって決定される性格をもつ、どこへ向かっているのかを予知することなしに採用された新しい観念から成っている。思想の創造愛的発展 (agapastic development) は、偶然的進化におけるようにまったく無思慮ではなく、また必然的進化におけるように環境あるいは論理の単なる力によってまったく盲目的にでもなく、精神が所有する以前にその性質が予知されている観念そのものに対する直接的引力によって、共感の力によって、すなわち

精神の連続性によって、ある一定の精神的傾向を採用することである<sup>(79)</sup>。

「習慣的観念からのわずかな逸脱によって新しい予期せぬ結果が生じ、それらの結果は、さまざまな逸脱のなかである特定のものを習慣として固定化する傾向をもっている」という思想の偶然的発展は、ブルームの強い詩人の手法と通底する。また、「精神が所有する以前にその性質が予知されている観念そのものに対する直接的引力によって、共感の力によって、すなわち精神の連続性によってある一定の精神的傾向を採用することである」という思想の創造愛的発展は、ドゥオーキンのインテグリティと通底している。そして、思想の偶然的発展、必然的発展、創造愛的発展は、「解釈としての法」の一般理論における主要な契機たり得るものである。

「神も、人間さえもないところで、原理なしに思考すること、それは子供-賭博師の危うい任務となり、彼は老いた賭博の巨匠の座を奪い、破裂した同じ世界に、不共可能的なものを登場させるのだ」<sup>(80)</sup>とジル・ドゥルーズは言う。そのような世界では何らかの切り札が必要となるが、それは権利であるとドゥオーキンは言う。

ドゥオーキンは政治道徳を基礎づけるものとして権利の要請 (postulate) を挙げるが、その根底にあるのは自由ではなく平等である。権利とは、社会構成員の個人人格が「平等な配慮と尊重 (equal concern and respect)」を受ける権利である<sup>(81)</sup>。ここに言う「配慮」とは、個人が不当な仕方である一定の苦痛や損害を蒙らないように配慮されることであり、「尊重」とは、各人がみずから選択した一定の善の観念に従って生活を計画し実現していくことに他者が干渉せず、個人の倫理的自律を尊重することである。端的に言えば、「配慮」とは幸福の配慮であり、「尊重」とは自由の尊重であり、ドゥオーキンによれば、道徳的な意味をもつ権利はすべてこの「平等な配慮と尊重を受ける権利」から導出され、かつそれに限られる。

わが国において権利を論じる際の基底的な場は、日本国憲法第三章（国民の権利及び義務）である。現行憲法は明治憲法とは異なり、人権保障規定に法律

の留保を認めず、原則として憲法典中の人権保障は無条件保障の形式がとられている。しかし、憲法典における基本的人権がいわゆる自然権であるとしても（cf.11,97条）、基本的人権が各人にまったく無制限に保障されるというのではないことは自明であり、そうだとすれば、絶対無制限ではない基本的人権の限界は、どのような原理によって画定されるのかという問題が生ずる。

そこで、憲法第三章の総則的部分で、基本的人権と公共の福祉との関係に言及する12条13条、そして、経済的自由が公共の福祉のもとにあるという22条29条（現行憲法上、公共の福祉が明文であらわれるのはこの4箇条のみ）を手掛かりに、公共の福祉を基本的人権の一般的制約原理であるとする学説と、個々の人権保障規定における無条件保障形式を重視する学説（内在的制約説）とが大きく対立しており、前者は最高裁の判例の立場である。

かつて宮沢俊義は「日本国憲法にいう公共の福祉には二つの側面がある」と言い、自由国家的公共の福祉と社会国家的公共の福祉をあげたが、のちにこれを総合し、「人権相互のあいだの矛盾・衝突を調整する原理としての実質的公平の原理を意味する」と言った<sup>(82)</sup>。この意味においては「人権の保障そのものの本質から論理必然的に派生する原理」であり、憲法が公共の福祉に言及したのは特に意味はないことになる。

しかし、「このような考え方の前提には、人権の制約を正当化しうるのは、必ず他の何らかの人権であるとの考え方がある。つまり、公共の福祉は究極的には相衝突する多数の人権へと還元されることになる」<sup>(83)</sup>ので問題だと長谷部恭男は次のように言う。

この考え方は、一見したところ、人権を制約するには必ず他の人権を援用しなければならないと主張することになり、人権の保護に厚い考え方のように見えるが、逆に、人権が現に制約されている場合に、人権に対抗する何らかの利益をただちに人権とみなす傾向を助長するおそれがあり、その結果、端的な功利主義に変容するおそれがある。たとえば、空港が騒音などの外部費用を周辺住民に課する場合、住民の人格権や健康権は何と衝突

するのであろうか。・・・宮沢教授の定義によれば、人権とこのような社会全体の目標とは容易にトレード・オフされるおそれがある。彼の定義を文字通りに受け取り、人権を制約しうるのは他の人権のみだとの立場を貫いたとしても問題は生ずる。このような立場は一種の権利功利主義であり、政府の活動の目標は社会全体の権利侵害の総量を最小化することとなろう。したがって、このような考え方からしても、権利侵害の総量を抑えるためにある個人の権利を徹底的に侵害すること、つまり個人間のトレード・オフ〔二律背反関係の一方の優遇〕が許されることになる<sup>(84)</sup>。

個人間のトレード・オフを徹底的に排除するというのがドゥオーキンの「切り札としての権利 (rights as trumps)」という考え方である。すなわち、権利を侵害することは、たとえそれが社会全体の目標を促進することになるとしても依然として正当化されないものであり、かえって権利は、社会全体の目標によって正当化される政策の遂行を覆す切り札として機能するのである。なぜならば、「人が権利を持つということに何らかの意味があるとすれば、社会全体の利益に反するとしても、権利を行使できる場合がなければならない。社会全体の利益になる場合にのみ権利を行使しうるのであれば、権利という観念はほとんど意義を失う」<sup>(85)</sup>からである。

私見によれば、切り札としての権利、すなわち切り札としての人権の淵源は人間の尊厳にある。なぜならば、人間の尊厳はあらゆる個人のなかに存在するからである。すなわち、「社会的諸問題や道徳的諸問題をめぐって提起される人間の尊厳は、全体の調和がもしも個人的価値を無視して特性のない人間をつくり出すならばその調和を受け入れない」<sup>(86)</sup>という考え方が、切り札としての人権の淵源であろうと筆者は考えるものである。

## 注

- (0) 『ソクラテス以前哲学者断片集』(岩波書店, 1996) 第I分冊324ページ。
- (1) Douglas E. Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law* ( University Press of Kansas, 1997) , p.175.
- (2) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* ( Harvard University Press, 1978) , p.272.
- (3) ロナルド・ドゥウォーキン『権利論』(木下毅・小林公・野坂泰司訳, 木鐸社, 1986) 254ページ。
- (4) Dworkin, *A Matter of Principle* ( Cambridge, Mass.& London, 1985) , p.359.  
[長谷部恭男『権力への懷疑——憲法学のメタ理論』[日本評論社, 1991] 182ページより重引]
- (5) 長谷川晃「平等・人格・リベラリズム——R.ドゥウォーキンの平等論をめぐって——」  
([思想] 1989.1, No.775) 54ページ。
- (6) 同論文55ページ。
- (7) 同論文61ページ。
- (8) ドゥウォーキン『権利論』101ページ。
- (9) 同書105ページ。
- (10) 同書99ページ。
- (11) 同書110ページ。
- (12) *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, 8vols.(ed. by Charles Hartshorne, Paul Weiss, and Arthur Burks, Harvard University Press, 1931-1958) , vol.6, para. 456.
- (13) ドゥウォーキン『権利論』111ページ。
- (14) 同書113ページ。
- (15) 深田三徳『法実証主義論争——司法的裁量論批判——』(法律文化社, 1983) 238ページ。
- (16) ロナルド・ドゥウォーキン『法の帝国』(小林公訳, 未来社, 1995) 412ページ。
- (17) 同書624-625ページ。
- (18) 同書358ページ。
- (19) 同書623ページ。
- (20) *The Philosophy of Law*, ed. by R.M.Dworkin ( Oxford University Press, 1977), pp.1-2.
- (21) ドゥウォーキン『法の帝国』1ページ。
- (22) 同書621ページ。
- (23) 同書2ページ。



- (24) 同書340ページ。
- (25) 同書343ページ。
- (26) H.L.A.ハート『法学・哲学論集』（矢崎光圀その他訳，みすず書房，1990）151ページ。
- (27) 同書155ページ。
- (28) ドウウォーキン『法の帝国』3-4ページ。
- (29) 同書624ページ。
- (30) 同書354ページ。
- (31) 同書353ページ。
- (32) The Philosophy of Law, ed. by R.M.Dworkin, Oxford University Press, 1977, p.9.
- (33) 参照，ロナルド・ドウウォーキン『ライフズ・ドミニオン』（水谷英夫・小島妙子訳，信山社出版株式会社，1998）234ページ。同じく『自由の法』（石山文彦訳，木鐸社，1999）105ページ。
- (34) ジル・ドゥルーズ『<sup>ひだ</sup>襞——ライブニッツとバロック』（宇野邦一訳，河出書房新社，1998）118ページ。
- (35) Brief an den Landgrafen von Hessen-Rheinfels vom 4.(14.)September 1690.
- (36) 参照，前注(15)。
- (37) ドウウォーキン『自由の法』471ページの注(22)に，2ページにわたるボズナーに対する反批判が掲載されている。本稿はこれに拠っている。
- (38) Richard A. Posner, The Problems of Jurisprudence (Harvard University Press, 1990) , p.73.
- (39) Posner, Law and Literature. Revised and Enlarged Edition (Harvard University Press, 1998) , pp.246-247.
- (40) 'Law as Interpretation', Texas Law Review, 60 (1982) .
- (41) Ian Ward, Law and Literature: possibilities and perspectives (Cambridge University Press, 1995) , pp.47-48.
- (42) ドウウォーキン『法の帝国』629ページ。
- (43) 同書91ページ。
- (44) 同書98-99ページ。
- (45) 同書89ページ。
- (46) 同書103ページ。
- (47) 同書89ページ。
- (48) ハンス・ゲオルク・ガダマー「美学と解釈学」『哲学 芸術 言語』（斎藤・近藤・玉井訳，未来社，1977）145ページ。
- (49) Hans-Georg Gadamer, Wahrheit und Methode : Grundzüge einer philosophischen

Hermeneutik (Tübingen: Mor, 1960), S.289.

- (50) Ian Ward, *Law and Literature*, p.34.
- (51) ローティは言う、「いわゆる、宗教と科学の衝突ということになると、矛盾の外見から逃れ出るのは困難なように思われる。というのも、宇宙は、われわれの幸福や行為に関心をもつある知的存在によって案出されたのか、それとも、偶発事の偶然的集合であるのか、確実にそのいずれかだからである」(リチャード・ローティ「宗教と科学は敵対するものなのか?」[須藤訓任訳]『思想』No.909, 2000.3) 9ページ。
- (52) 前田敬作訳, 創文社, 1954.
- (53) Julián Marías, *Philosophy As Dramatic Theory*, translated from the Spanish by James Parsons (The Pennsylvania State University Press, 1971), viii.
- (54) Richard Rorty, *Contingency, irony, and solidarity* (Cambridge University Press, 1989), xvi, pp.3-21, 28-29, 36-42.
- (55) Ibid., pp.60-61.
- (56) スタンリー・フィッシュ『このクラスにテキストはありますか』(小林昌夫訳, みすず書房, 1992) 117ページ。
- (57) 佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣, 1988) 63ページ。
- (58) 田中成明『法理学講義』(有斐閣, 1994) 414ページ。
- (59) 長谷川晃『解釈と法思考』(日本評論社, 1996) 188ページ。
- (60) 同書188-189ページ。
- (61) 同書189ページ。
- (62) 同書190-191ページ。
- (63) 作者の伝記的事実などよりも作品自体の用語や修辭的象徴的表現などの綿密な分析を重視する文芸批評。参照, J.カラー『ディコンストラクション』I, II (富山太佳夫・折島正司訳, 岩波書店, 1985)
- (64) 「詩人は世界の非公認の立法者である」(シェリー「詩の擁護」『シェリー詩集』[上田和夫訳, 新潮文庫, 1984] 262ページ)。
- (65) Posner, *Law and Literature*. Revised and Enlarged Edition, pp.218-219に拠る。
- (66) Costas Douzinas and Ronnie Warrington, *Justice miscarried: ethics, aesthetics and the law* (Harvester Wheatsheaf, 1994), p.5.
- (67) Harold Bloom, *The Anxiety of Influence* (Oxford University Press, 1973. 2nd ed. 1997)
- (68) Ibid., p.80.
- (69) Ibid., xiii.
- (70) ドウウォーキン『法の帝国』358ページ。

- (71) ハロルド・ブルーム『アゴーン』（高市順一郎訳，晶文社，1986）64ページ。
- (72) 同書71-72ページ。
- (73) Bloom, *The Anxiety of Influence*, p.21.
- (74) Bloom, *Kabbalah and Criticism* (New York: Seabury Press, 1975), p.122.
- (75) Bloom, *The Anxiety of Influence*, pp.94-95. なお、ニーチェによれば「解釈することの本質に属するもの」は、「牽強，修正，簡約，省略，充填，捏造，偽造その他」である（ニーチェ『道徳の系譜』第三論文「禁欲主義的理想は何を意味するか？」〔信太正三訳，ちくま学芸文庫ニーチェ全集11，1993，567ページ〕）。
- (76) Bloom, *The Anxiety of Influence*, p.44.
- (77) ルクレティウス『物の本質について』（樋口勝彦訳，岩波文庫，1961）71-72ページ。
- (78) 同書74-75ページ。
- (79) Peirce, *Collected Papers*, vol.6, para.307.
- (80) ジル・ドゥルーズ『<sup>フィ</sup>髪——ライブニッツとバロック』117ページ。
- (81) Dworkin, *What Rights Do We Have? : Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1978), pp.272-273.
- (82) 宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』（有斐閣，1974）229ページ以下。
- (83) 長谷部恭男『権力への懷疑——憲法学のメタ理論』132ページ。
- (84) 同書132-133ページ。
- (85) 同書146ページ。
- (86) 拙稿「カニバリズム，歴史，そして人間の尊厳」（ホセ・ヨンバルト教授古稀祝賀『人間の尊厳と現代法理論』，成文堂，2000）89ページ。

